أثر الاجتهاد القضائي على مبدأ الرضائية في التفريق بالخلع

بقلم
أ/ نظيرة عتيق (*)

ملخص

يتطلب تفسير القانون المعمول به وتحديد الحل المناسب لقضية معينة عناية خاصة من طرف الجهات القضائية خصوصا وأنها منوطة بتحقيق توحيد الاجتهاد القضائي، لأنه قد تصدر أحكاما وقرارات متباينة ومختلفة بشأن قضايا تخص مسألة واحدة وقد يكون سبب ذلك غموض النص القانوني بحيث لا يكون له معنى واضح محدد وهنا تختلف الاجتهادات تبعا لاختلاف الفهوم، وهذا الأمر يكون له تأثير على النص القانوني لأن الاجتهاد القضائي بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية واستقرارها تكون الضرورة ملحة لتعديل النصوص القانونية ونقلها من دائرة التفسير القضائي إلى دائرة التنصيص التشريعي.

انطلاقا من هذا الأساس سنتعرض لموقف القضاء الجزائري في مسألة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، من خلال تأثير الاجتهادات القضائية على تعديل مسألة دقيقة تخص مادة الخلع بقانون الأسرة.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي، الخلع، التكييف الفقهي، التكييف القانوني، المحكمة العليا.

مقدمة

تتضح أهمية الاجتهاد القضائي في تركيز وتثبيت دعائم المشروعية للنص القانوني فمجاله الأساسي هو تفسير القانون الساري المفعول وتحديد الحل المناسب لقضية معينة مضيقا لها المشروعية أو موسعا لها؛ وبالتالي فله وظيفة بالغة الأهمية فهو يكمل النص القانوني ويوجه العمل

(*) أستاذ مساعد "أ" بقسم الحقوق ـ كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ جامعة سكيكدة.

القضائي بشكل عام ويعطي القاضي القدرة على تنزيل النصوص القانونية على الوقائع المعروضة متماشيا مع روح النص والمقاصد العامة للتشريع بشكل خاص، وتزداد أهمية هذا الاجتهاد إذا تعلق بقضايا الأسرة التي تعد اللبنة الأولى للمجتمع ليضمن لها الاستقرار من خلال توجيه فهوم القضاة لتطبيق القانون وفق مرجعيته الأساسية وهي الشريعة الإسلامية، وباعتبار أن الأسرة هي نواة المجتمع والخلية الأساسية القاعدية له فقد جاءت مواد القانون قبل وبعد التعديل منظمة لأحكامها، محددة الطريق الشرعي الوحيد لتكوينها وهو الزواج، والطرق الشرعية والقانونية لانحلال الرابطة الزوجية .

وقد كرس المشرع حق الزوج في إيقاع الطلاق إرادته المنفردة كما سمح للزوجين أن يتفقا على الطلاق وينهيا الرابطة الزوجية بإرادتهما المجتمعة كما أنه منح الزوجة حق التفريق عن طريق التطليق أو الخلع.

والتفريق بالخلع من المسائل التي جاءت تعديل أحكامه وفقا لاختيارات الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، فقد كان الخلع محل اجتهادات قضائية لم تستقر على طرح واحد منذ ظهور قانون الأسرة سنة 1984م وكانت مضطربة متغيرة، وأثر هذا على أحكام الخلع في التشريع الجزائري بين جعله حقا أصيلا للمرأة دون انتظار موافقة الرجل بعد أن كان مجرد رخصة تلجئ إليه ويتوقف على رضائية الزوج في فك العصمة الزوجية، فقد نصت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري[1] على أنه:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم" وبعد تعديل القانون في 2005م أصبحت المادة كما يلي:"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي " ولم يتعرض المشرع الجزائري لمسائل الخلع ولا لطبيعته القانونية واكتفى بتقرير حكمه في مادة واحدة سواء قبل أو بعد تعديل قانون الأسرة تاركا التفصيل لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري لنفس القانون بنص المادة 222 من قانون الأسرة:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وهذه الإحالة تعبر بوضوح عن إمكانية الاجتهاد ملاحقة لتطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة.

إن اختيارات الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في تغيير مركز مبدأ الرضائية من حق أصيل للزوج إلى رخصة للزوجة، يطرح إشكاليات رئيسة حول إن كانت هذه الاجتهادات وفقت في التصدي لتساؤلات العمل القضائي وتطلعات الأسرة الجزائرية ضمن اختيارات المحكمة

العليا.وهذا ما جعل التعديل أمرا حتميا في مادة الخلع خاصة وأن الحاجة أصبحت ملحة إلى وضع منظومة قانونية ودقيقة لإيجاد حلول عملية لضبط آليات فك العلاقة الزوجية عن طريق المخالعة، وهل كان التعديل لمادة الخلع في قانون الأسرة المعدل تكريساً لما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا؟ وهل كانت هذه الاجتهادات القضائية ضمن المرجعية الشرعية لقانون الأسرة؟

كل هذه الإشكاليات تحتاج إلى البحث لذا اتجهت رؤيتنا لدراستها من خلال هذا البحث، وتُظهر أهمية دراسة الاجتهاد القضائي من حيث الممارسة حيث تساهم الدراسات في التكوين القانوني للقاضي، والمدارسة من حيث تأريخ عمل القضاء في لحظات قوته وضعفه.

أولا : الإطار المفاهيمي للدراسة:

1: تعريف الاجتهاد القضائي:

لغة: الاجتهاد من مصدر اجتهد اجتهادا وهو بذل الوسع والمجهود [2]، قال الرازي :" وهو في اللغة عبارة عن استفراغ الوسع في أي فعل كان، يقال استفرغ وسعه في حمل الثقيل ولا يقال استفرغ وسعه في حمل النواة ".[3]

أما كلمة القضاء لغة فلها عدة وجوه ترجع إلى انقطاع الشيء وتمامه وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أوأدّي أداء أو أوجب أو أعلم أو أنفذ أو أمضي فقد قضي، وتأتي أيضا بمعنى الأداء والبيان والأمر والخلق والتقدير، ولذلك سمي القاضي قاضيا لأنه يحكم الأحكام وينفذها [4].

اصطلاحا: بعد تعريف اللفظين اللذين يتكون منهما مصطلح الاجتهاد القضائي يمكن أن نصل لتعريف المصطلح وهو استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يقضي إلى الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق العامة [5].

فالاجتهاد القضائي يشترك مع مطلق الاجتهاد بأن فيه استفراغا للجهد والطاقة، ولا يعد من لم يستفرغ جهده ووسعه مجتهدا إلا أن ما يختص به أن فيه بذل الجهد في استنباط واقعة متنازع عليها وفي هذا يتميز الاجتهاد القضائي عن مطلق الاجتهاد ويكون ما يتوصل له القاضي من حكم ملزما لأطراف الخصومة.

وهو بذلك يتفق مع الاجتهاد الفقهي من حيث أنه استفراغ الوسع في معرفة الحكم الشرعي حيث يقوم الفقيه بالبحث في حكم مسألة من المسائل للوصول إلى حكم الشرع فيها إلا أنه يخالفه في أن المسألة التي يبحثها الفقيه قد تكون واقعة وقد تكون متوقعة وقد يوجد مسائل يسأل عنها وقد لا يوجد والحكم الذي يتوصل له المجتهد في هذه المسألة لا يعد ملزما للسائل إن وجد.[6]

ويمكن إسقاط التعريف الفقهي للاجتهاد القضائي على تعريفه القانوني، فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني وواضح ويستقر القضاء على اتباعها.[7]

للاجتهاد القضائي جوانب تاريخية مرتبطة بتطور مختلف الأنظمة القانونية الوضعية أو الإسلامية بين مضيق وموسع ودون الخوض في هذه الجوانب يبقى رجوع القاضي للاجتهاد باعتباره عملية عقلانية لها أهمية كبرى تساهم في تركيز وتثبيت دعائم المشروعية تعزيزاً وتطويراً للنص القانوني الذي يلعب دوراً مهماً في الرقابة القضائية على تصرفات القاضي في تطبيقه للقانون فتفسير النصوص عمل اجتهادي يقوم به القاضي فهو الذي يضفي على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده.

وقد كان للتطبيق العملي لأحكام قانون الأسرة أثر بالغ على الاجتهاد القضائي فحينما توجد مشكلة لم يتناولها القانون المعمول به يقترح ما يغطي هذه المشكلة عن طريق الاجتهاد وعندما توجد صعوبة في تطبيق مادة ما أو في حال تعدد الأفهام حولها يأتي التعديل الجديد عن طريق الاجتهاد ليضع حدا للاختلاف وينقل القانون إلى صياغة أمثل تساعد في ضبط التطبيق نحو الأفضل.[8]

لكنه لن يستطيع أن يحقق مقاصده إلا من خلال الالتزام بالنصوص الشرعية الواردة في نظام الأسرة والأخذ بها في كل أمر أو تشريع والتقيد بقواعد تفسير النصوص الشرعية والتي عليها التعويل في الجمع والترجيح بين النصوص المتعارضة والمختلفة.[9]

وقد حددت المادة 222 من قانون الأسرة مرجعية الاجتهاد وهي مبادئ الشريعة الإسلامية واعتبرتها مصدرا أصليا للقاعدة القانونية في تنظيم مسائل الأسرة، جاء نص المادة كالآتي: "ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وهذا حتى يضمن المشروع التفسير السليم الذي يتناسب مع خصوصية الواقعة أو النزاع ويتماشى مع روح النص والمقاصد العامة للتشريع.

وهذا معناه أن القاضي إذا لم يجد نصا تشريعيا في قانون الأسرة لحل موضوع النزاع طبق مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين فيستلهم أحكامها في كثير من الأقضية لسد الثغرات القانونية والنقائص التشريعية والنظريات العامة والخاصة وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدني والتي جعلت من الفقه الإسلامي مصدرا من مصادر القانون الجزائري

يأتي بعد النصوص التشريعية مباشرة.[10]

وباعتبار أن المحكمة العليا هيئة قضائية، تتربع على قمة الهرم القضائي الجزائري وتختص بالرقابة القضائية على أعمال المحاكم والمجالس القضائية فيما تصدره من أحكام وقرارات فغاية الاجتهاد القضائي هو توحيد هذه الأحكام والقرارات في جميع أنحاء البلاد فالصورة الواضحة والكاملة لأي تشريع لا تظهر إلا في الجوانب التطبيقية والعملية من خلال القضايا التي تعرض على المحاكم وهذا ما نصت عليه المادة 152 من دستور 1996 الجزائري على أن المحكمة العليا هي المقومة لأعمال المحاكم والمجالس والمختصة بتوحيد الاجتهاد القضائي على المستوى الوطني.

2: تعريف التفريق بالخلع

لغة: الخلع هو: الإزالة والترع، يقال :خلع الرجل ثوبه ونعله، وخلع عليه إذا نزع ثوبه، وخالعت فلانة بعلها فهي خالع إذا افتدت منه. والاسم:الخلعة، وقد تخالعا، وخلع امرأته خلعا بالضم، وخلاعا، واختلعت منه اختلاعا، فهي مختلعة، ويقال :خَالَعَتْ المرأة زوجها إذا افتدت منه بمالها، فطلَّقها وأبانها من نفسه وسمي هذا الفراق خُلْعاً لأن الله ﷻ جعل النساء لباساً للرجال والرجال لباساً لهن لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ البقرة/الآية(187) [11]، فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه[12].

الخلع في الفقه الإسلامي[13]:

- عند الحنفية:

عرف الحنفية الخلع بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة ببدل بلفظ الخلع أو ما في معناه وهو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة.[14] وقولهم "إزالة ملك النكاح " خرج به أمور ثلاثة:[15]

الأول: إذا خالعها في العدة بعد إبانتها فإن الخلع لا يصح، وذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانتها، فلو خالعها بمال ثم خالعها في العدة بمال آخر فإن الخلع لا يصح.

الثاني: المرتدة إذا خالعها زوجها فإن الخلع لا يصح، لأن الردة أزالت ملك النكاح، والخلع هو إزالة الملك فلم يتحقق معناه.

الثالث: النكاح الفاسد، فإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ووطئها فإن المهر يتقرر لها بالوطء، فإن خالعته على مهرها فإن الخلع لا يصح.

- **عند المالكية:**

جاء تعريف الخلع عندهم بأنه طلاق بعوض وقيل هو الطلاق يعوض ولو من غير الزوجة، أو بلفظ الخلع[16]، واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة عند المالكية كلها تؤول إلى معنى واحد؛ إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه.[17]

- **عند الشافعية:**

لا يختلف الشافعية عن المالكية في تعريف الخلع فهو عندهم فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع، كما يقع بكل كنايات الطلاق[18]، وقيل أن الخلع هو فدية لأن المرأة قد فدت نفسها منه بمالها كفدية الأسير[19].

- **عند الحنابلة:**

عرفوا الخلع بأنه : فراق زوجته بعوض بألفاظ مخصوصة[20]، وذكر ابن قيم الجوزية أن الخلع يقع بأي لفظ كان مادامت النية كذلك، إذ أن المرعي في العقود حقائقها ومعانيها لا صورها.[21]

- عند الإباضية:

عرفوا الخلع بأنه فرقة بين الزوجين وذلك برد المرأة صداقها لزوجها وقبولها إياه.[22]

وبناء على ما تقدم يمكن الخلوص إلى تعريف الخلع في الفقه الإسلامي، قاعدته الكل المركب من كل التعريفات التي أوردها الفقهاء، فكلها متقاربة في مدلول واحد للخلع كونه: فرقة بطلب الزوجة مقابل عوض تلتزمه لزوجها لتحصيل طلاقها، وبذلك تملك أمر نفسها.

وقد أجازت الشريعة الإسلامية للمرأة طلب الخلع لتقديم مال تفتدي به نفسها من زوجها ويجوز للزوج قبول ذلك المال الذي بذلته المرأة نظير الطلاق وهذا عندما يخافان ألا يقيما بحقوق الزوجية.[23]

ودليل ذلك قوله تعالى:﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[24] **فلا حرج على الزوج في أخذ ما افتدت به نفسها مقابل تحصيل رغبتها بطلب الفرقة.[25]**

وجاء في الحديث الصحيح : أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ ابْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ (ﷺ)، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ): أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ، قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ): اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً.[26]

فدل هذا الحديث على أنه يجوز للمرأة التي كرهت زوجها ولم تعد تطق البقاء معه أن تختلع

بنفسها منه مقابل مال تدفعه له.[27]

في الفقه القانوني:

جاءت المادة 48 من قانون الأسرة تبين صور فك الرابطة الزوجية سواء تم ذلك بحل عقد الزواج بالإرادة المنفردة أو طلاق بالتراضي أو في حدود ما ورد في المادة 53 و54 من القانون نفسه وهما مادتان تتحدثان عن تظليم الزوج في حدود الحالات المستوجبة والمذكورة حصرا في المادة 53 وكذا المادة 54 المتمثلة في الخلع.[28]

وقد تكلم المشرع عن الخلع في مادة واحدة فقط كان نصها كالآتي: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تطلب إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج، فإن قبِل به يتم اعتماده من القاضي، وإن لم يقبل به يتم تحديده من طرف القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

كما يفهم من نص المادة أنها لم تلزم الزوجة تقديم أسباب طلب الخلع بإيراد الوقائع المؤدية إلى إحداث الضرر الموجب للخلع، حيث انحصر دور القاضي في تحديد قيمة المقابل المالي عند عدم الاتفاق عليه بين الزوجين[29].

والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا فإذا كره العيش مع المرأة وغابت عنه السكينة دون تقصير من الزوجة له جاز أن يفارقها بإحسان[30].

ثانيا: التكييف الفقهي للخلع[31]

بحث الفقهاء هذه المسألة في حكم تلبية الزوج لطلب زوجته للخلع فهل يتوقف على موافقته أم لا، وبالتالي هل هو رخصة للزوجة لا غير، أو أنه يقع بمجرد طلبها للخلع وبالتالي فطلب رضا الزوج غير معتبر، وعلى هذا كان هناك رأيان هما:

1: الرأي الأول:

هو لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية[32] حيث قالوا إنه إذا طلبت المرأة الخلع لم يجبر الزوج على الموافقة بل يستحب له تلبية طلب زوجته، ومن ثم فللزوج رفض الطلب، ولا يجبر عليه وإلا صار واجبا- الأمر الذي ترتب عليه انتفاء إرادة الزوجة في إيقاع الفرقة بالخلع دون رضا الزوج، قال البهوتي: "وتسن إجابتها أي الزوجة إذا سألته الخلع عن

عوض".[33]

ويستدل هذا الفريق بأن أمر النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" هو على سبيل الإرشاد والإصلاح لا الإيجاب والحتم بإجراء الخلع.[34]

2: الرأي الثاني :

انفرد المالكية بالقول بوجوب استجابة الزوج لرغبة زوجته في طلب الخلع، من هنا فللمرأة كل الإرادة المنفردة في الحصول على الطلاق بالخلع بإجبار الزوج عليه لوجوبه. واستدلوا على ذلك بأن الأمر في الحديث" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة "يفيد وجوب تلبية الرجل لرغبة زوجته في طلب الخلع لبقاء وعدم انصراف الأمر عن أصله في إفادة الوجوب[35].

ومع أن المالكية لم يطلبوا موافقة الزوج إلا أنهم شرطوا ذلك بالتحكيم ومحاولة الصلح بين الزوجين،جاء في المدونة الكبرى:"في الأمر الذي يكون فيه الحكمان إنما ذلك فتح ما بين الرجل والمرأة حتى لا تثبته بينة ولا يستطاع أن يتخلص إلى أمرها فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ورجلا من أهله عدلين فنظرا في أمرها واجتهدا فإن استطاع الصلح أصلحا بينهما وإلا فرقا بينهما ثم يجوز فراقهما".[36]

فالإمام مالك وإن كان جعل الخلع حقا للزوجة إلا أنه قيده بشرط محاولة الإصلاح بينها وبين زوجها وبالتالي فهذا الحق مقيد.

وقد قوى هذا الرأي الذي لا يطلب فيه موافقة الزوج أيضا ابن رشد حيث قال: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل".[37]

فالإبقاء على زوجة كارهة ومبغضة لزوجها وبيتها قد يؤدي إلى كثير من الانحرافات والآثام، ومنع المنكر واجب فكان الخلع وهو طريق المنع واجبا.[38]

ثالثا : التكييف القانوني للخلع وموقف الاجتهاد منه:

لم تحدد المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري طبيعة الخلع هل هو يمين من جهة الزوج أو من الزوجين معاً أو هو عقد معاوضة، وهل هو حق شخصي أو عقد رضائي، ولكن نص المادة جاء ليقرر أن رضا الزوج غير مطلوب، فيجوز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي دون موافقة زوجها.

وما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام

مالك وعند سكوته يمكن التفتح على المذاهب الفقهية الإسلامية بما يحقق الغايات الأسمى لمصلحة الأسرة الجزائرية أو بما يبدو أكثر مسايرة للظروف المستجدة المعاصرة وهي مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، فالقاضي هنا له الحرية الواسعة في إعمال أحكام الشريعة الإسلامية والتحرك بين المذاهب الفقهية ليجد ما يراه مناسبا لما هو معروض عليه من مسائل.

وقد عرف الاجتهاد القضائي في موضوع الخلع مروره بمرحلتين حددت طبيعته وكان لها تأثير على تعديل مادة الخلع في قانون الأسرة سنة 2005 م.

1: المرحلة الأولى

نصت المادة 54 قانون الأسرة لسنة 1984 على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

فلم يحسم المشرع من خلال المادة موقفه بوضوح فيما يتعلق أحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لرضائية الزوج، فقد جاءت المادة لتتحدث عن إمكانية المخالعة للزوجة فقط لنفسها ولكن في المقابل لم تحسم المادة الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في المخالعة دون انتظار لموافقة الزوج مما انعكس على قرارات المحكمة العليا إذ جاءت اجتهاداتها تقرر مبدأ رضائية الخلع بمعنى أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً يعتبر فيه رضا الزوج[39]، وقد تم تفسير النص المذكور أعلاه بأنه أوجب تراضي الزوجين حول مبدأ المخالعة وسار على هذا النهج كل من الفقه والقضاء.[40]

وقد تبنى شراح قانون الأسرة هذا الطرح فقد اعتبر الأستاذ بلحاج العربي بأن "الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الأطراف لا يتم إلا بإيجاب وقبول ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج أو ما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما فالخلع ما هو إلا طلاق بدون نزاع أو مخاصمة".[41]

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد بأنه "بالنسبة إلى تدخل القاضي من أجل الحكم بانحلال الزواج بالخلع بناء على طلب الزوجة وحدها دون توفر موافقة الزوج فإنه بإمكان أن نقول أن مثل هذا الحكم هو حكم يمكن أن يوصف بأنه حكم تعسفي ومتحيز ولا أساس له من الشرع ولا في القانون ويعتبر من قبيل إجبار الزوج على التطليق دون أي مبرر شرعي ولا قانوني ويعتبر خرقا لمبدأ حرية التعاقد التي هي أساس الخلع ومخالفا لمقاصد الشريعة الإسلامية".[42]

فالخلع عقد رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم

قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعا تدفعه الزوجة وليس على الزوج أن يستجيب لطلب الزوجة غصبا أو كرها، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالخلع بمجرد طلبه من الزوجة دون رضاء الزوج وموافقته الصريحة وإلا لأصبح من الجائز لكل زوجة تطلب الخلع وتعرض مبلغا ماليا على الزوج أن تتحصل على الطلاق وتتخلص من زوجها دون أي مبرر شرعي أو قانوني.[43]

والخلع كعقد رضائي لا يمكن وقوعه دون إيجاب وقبول كان اختيار المحكمة العليا حتى قبل ظهور قانون الأسرة في سنة 1984 وكان أهم قرار تحدث عن ذلك هو قرار المحكمة العليا المشهور الصادر في 12 مارس 1969 م والذي أوضح أن الخلع لا يتم إلا بإيجاب وقبول بين الزوجين وأنه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة لزوجها لقاء طلاقها وأن عدم موافقة الزوج على المخالعة لا يؤثر على بقاء العلاقة الزوجية.[44]

وقرار آخر بتاريخ 19 فيفري 1969م، والذي نص على أنه:"من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج".[45]

وقد تتابعت قرارات المحكمة العليا في هذا المنحى الذي ظهر جليا في الكثير من قرارات المحكمة العليا التي يمكن ذكر بعضها :

- القرار الصادر بتاريخ 11-06-1984م والذي جاء فيه :"متى كان المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع".[46]
- القرار الصادر بتاريخ 22-04-1985م والذي جاء فيه:"من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب رفض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بالخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قدره 50000 دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بالخلع وطلبهما له معا".[47]
- القرار الصادر بتاريخ 21-11-1988م والذي جاء فيه :" من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولم يكن لها سبب فيه وأظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من

هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة".[48]

▪ وقد جاء التأكيد على ضرورة موافقة الزوج لصحة الخلع في القرار المؤرخ في 91.04.23، الذي جاء نصه كالآتي:"إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يمكن للقاضي فرضه عليه".[49]

والملاحظ أن المحكمة العليا أسست اجتهاداتها على أساس أن العصمة بيد الزوج وبالتالي فرضاه مطلوب لصحة الخلع حتى يتم فالقضاة انطلاقا من المادة 222 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية" جعلتهم يأخذون برأي جمهور الفقهاء الذين جعلوا استجابة الزوج لطلب الزوجة للخلع أمر وجوبي لصحة الخلع باعتباره عقدا رضائيا لابد فيه من إيجاب وقبول.

2: المرحلة الثانية

ركز المشرع الجزائري فقط على أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على المال كبدل للزوج وفي حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر إلى القاضي الذي يحدد البدل نقدا على أن لا يتجاوز قيمة صادق المثل.[50]

هذا الأمر أنتج مشاكل كثيرة عن اشتراط قبول الزوج للخلع في المجتمع الجزائري ففي حالة رفض الزوج طلب الخلع فإن الزوجة تبقى سنين طويلة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة ويرى بعض القانونيين أن هذا الأمر أدى إلى تغيير المحكمة العليا لموقفها وتبني الموقف الصحيح وهذا بسبب المشاكل الكثيرة التي نجمت من الاجتهاد الأول الذي يشترط قبول الزوج لأنه لا يوجد رجل يقبل أن تخالعه زوجته مهما كان الثمن الذي تعرضه.[51]

هذا أثر على الأحكام القضائية التي ظهرت غير مستقرة فقد جاءت الاجتهادات القضائية بعد سنة 1992 م على أساس أن الخلع لا يشترط فيه رضا الزوج.

ولا يخفى أن استقرار الاجتهاد القضائي يعطي للنص القانوني قوة إلا أنه ليس غاية في حد ذاته لهذا أصبح القضاء مكرسا لحق الزوجة في الخلع دون انتظار لإجابة الزوج له، فيكفي فقط أن تعرض الزوجة بدلا لفك العلاقة الزوجية دون دفع الحاجة إلى رضا الزوج فلم يعد الخلع عقدا رضائيا كما كان ينظر إليه سابقا وظهرت قرارات تسقط رضائية الزوج كأساسا لصحة الخلع منها :

▪ القرار المؤرخ في 92.07.21 والذي كان نصه كالأتي: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا .وعليه فإن قضاة الموضوع-في قضية الحال -لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ."[52]

▪ القرار المؤرخ في 30-07-1996 والذي جاء فيه :"من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكهم بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه ".[53]

▪ القرار المؤرخ في 1999/03/16 والذي جاء نصه كالآتي: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه .ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون .ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ".[54]

فالظاهر من القرار باعتبار أنه جعل الخلع هنا غير متوقف على رضائية الزوج فهو حق أصيل للزوجة وليس رخصة تستعمله وتنتظر موافقة زوجها، وبالتالي وجب على القاضي الاستجابة لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع وتعذر إعادة الوفاق بين الطرفين ويبقى دور القاضي هنا مقتصرا فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

وهذا المنحى الذي أخذه القضاء الجزائري هو الذي فرض على المشرع تعديل المادة 54 من قانون الأسرة في 2005 إلى الآتي: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

والمشرع الجزائري بهذا التعديل يكون قد وافق بعض التشريعات العربية التي أقرت الخلع

القضائي وأسقطت رضائية الزوج في الخلع مثل التشريع المصري والأردني فقد تبنت هذه التشريعات الخلع القضائي الذي يتم دون إرادة الزوج إلى جانب الخلع الرضائي فجعلت الأصل في الخلع هو التراضي بين الزوجين فإن لم يتحقق الرضا فهنا أجازت هذه التشريعات أن يتم الخلع دون موفقة الزوج مع جملة من الشروط جاءت المادة 20 من القانون رقم 01 سنة 2000 المصري تنص على أنه :" للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه افتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي اعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه ولا تحكم المحكمة بالخلع إلا بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بين الزوجين خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر:...". وفيما يتعلق بالقانون الأردني المؤقت رقم 82 لسنة 2001م فقد نص المشرّع في المادة 126 إضافة الفقرة ب التي نصت على أنه :" للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا استعدت لإعادة ما استلمت من مهرها وما تكلف به الزوج من نفقات الزواج وللزوج الخيار بين أخذها عينا أو نقدا وإذا أمتنع الزوج عن تطليقها يحكم القاضي بفسخ العقد بعد ضمان إعادة المهر والنفقات " والفقرة ج التي نصت: " للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه أقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وخالعت زوجها وردت عليه الصداق الذي استلمته منه حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائنا ".

فهذه النصوص مع الشروط التي جاءت بها فرضت على القاضي الحكم بالتطليق عليهما وبذلك يجعل الخلع إلى الزوجة بحيث يسلب القاضي حق تقرير الحكم في القضية التي بين يديه ويصبح القاضي مجبرا على إجابة طلب الزوجة دون أن يتحقق من الأسباب الموجبة للخلع فقد تكون ضد مصلحة المرأة وقد تكون ضد مصلحة الأسرة والأطفال.[55]

وبالرجوع لنص المادة المعدلة في القانون الجزائري نجد أن المشرع قد جعل للخلع شروطا نستطيع أن نستشفها من نص المادة وهي :

- تقديم الزوجة لطلب إلى القاضي يقضي بمخالعة زوجها دون موافقة الزوج.

▪ تقديم الزوجة مقابل الخلع للزوج وهو العوض المتفق عليه وفي حالة عدم الاتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.

والمشرع الجزائري بإسقاطه لرضى الزوج في طلب الخلع كانت له مبررات موضوعية أهمها:

▪ تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال المستقر عليه منذ 1997 وتأكيد حق المرأة في خلع زوجها دون حاجة إلى موافقة الزوج وهذا ما جاء في عرض أسباب هذه المادة المرفقة في مشروع تعديل قانون الأسرة.[56]

▪ أن الزوج ظل مسيطرا وصاحب القول الفصل بشأن فك الرابطة الزوجية دونما أن تجد الزوجة منفذا للتخلص من زوجية تخشى على نفسها دون موافقة الزوج.[57]

فالأصل أن الله سبحانه وتعالى إنما شرع الخلع للحاجة لذلك لأنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا كره زوجته أن يطلقها باعتباره المنفق والممتع والذي يدفع المهر جعل الخلع والافتداء للمرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه بأن تدفع له مقدارا من المال مقابل الفرقة كتعويض له عما قدمه لها وما سيقدمه للثانية وإنما يدفع ذلك بابتغاء العيش معها ولما تعذر ذلك كان لها أن تختلع.[58]

▪ عجز الكثير من النساء إثبات الضرر في قضايا الشقاق والنزاع المرفوعة أمام القضاء للحصول على حكم التفريق فكان الخلع دون موافقة زوجها حقا أصيلا لها.

▪ إجراءات دعاوى التفريق تأخذ وقتا طويلا مما يدفع المرأة اللجوء للمخالعة حسما للوقت.

إذن وعلى أساس ما تقدم ولما كان الخلط والتناقض واقع في الاجتهاد القضائي لأعلى هيئة قضائية في الجزائر كان لزاما القيام بتعديل مادة الخلع التي وقع الاختلاف فيها في تفسيرها حتى نضمن منظومة قانونية مستقرة.

وإذا كنا نوافق المشرع الجزائري على تكريسه رؤية الاجتهاد القضائي واستقراراه عليه في حق المرأة في المخالعة إلا أننا نعيب عليه بعض النقائص:

▪ أنه لم يأخذ بالرأي الكامل للمالكية في نظرتهم للخلع حيث يجعلان للمرأة هذا الحق بعد محاولات الإصلاح والتحكيم، لأن الأصل في الزواج هو التأبيد وحتى لا نفتح الطريق واسعا أمام فك للعلاقة الزوجية ولأتفه الأسباب، وهذا مخالف لأصل تشريع الطلاق الذي ضيق الشارع من مجالاته فكان الأولى لو قيد المشرع هذا الحق بمحاولات التحكيم والصلح الجادة وليس الشكلية فقط.

▪ مع أن الأحكام الشرعية متعلقة بالخلع إلا أن المشرع جعل له مادة واحدة فقط فكان الأجدر لو وضح الكثير من الأمور المتعلقة بالعوض، وكيفية وقوع هذا الطلاق وتحديد ما يصلح أن يكون بدلا للخلع حتى نجنب القضاة الوقوع في إشكالات جديدة.

خاتمة

يرتبط الاجتهاد في مجال الأسرة بالنظر إلى النصوص الغنية في أحكام وقواعد الفقه الإسلامي لإعادة النظر فيها وإخضاعها للتلاؤم مع المستجدات التي لا تتعارض والنصوص الثابتة الغير محتملة التأويل، فالاجتهاد في مجال الأسرة عليه أن يتوخى التجديد المبني على التأصيل بقراءة عمودية أفقية تستكشف المستجدات وتستجيب لضرورات المجتمع بما يتماشى مع مقاصد الأسرة الشرعية.

انطلاقا من هذا جاء تأثير الاجتهادات الفقهية في الاجتهاد القضائي فيما يخص أحكام الخلع ولا أحد يجهل حكمة تشريعه فالزوجة التي يتعسف الزوج في استعمال قوامته عليها فيهينها ويسيء معاملتها مستخدما ضروب العنف اللفظي والجسدي فلا يمنع هنا الشرع والقانون من لجوء هذه الزوجة للخلع إذا خافت على نفسها ودينها بعد أن تلقت ما لا تقدر على تحمله، ولا شك أن هذا الحق لا تستطيع أن تمارسه إلا إذا كان حقا أصيلا لها تستعمله متى خافت على دينها وهذا هو الأصل من تشريع الخلع وهو ما جاء به قانون الأسرة الجديد في تعديله لمادة الخلع كما أسلفنا الذكر حين ألغى التعديل مبدأ رضائية الزوج في التفريق بالخلع.

وفي الأخير نرى أن العلاقة الزوجية في الأصل لا تحكمها القوانين ولكن الذي يحكمها هو الوازع الديني، فمعرفة كلا من الزوجين ماله وما عليه من حقوق وواجبات متبادلة فذلك يكون مانعا دون وقوع ما يعرض هذه العلاقة للإنهاء.

الحواشي:

1 – قانون 84-11المؤرخ في84/6/9 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر05-02 المؤرخ في05/2/27.

2 – ابن منظور، لسان العرب، مادة جهد، دار صادر، م15.

3 – الرازي فخر الدين محمد بن عمر، المحصول في علم الأصول، تحقيق عادل عبد الموجود، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت لبنان، 1990م، ج4 ص 1363.

4 – ابن منظور، لسان العرب، مادة قضى ج 15 ص186.

5 – الريسوني قطب، الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم، بيروت لبنان ط1، 2007م، ص11.

6 – عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها دراسة أصولية مقارنة، أطروحه دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ص 16

7 – محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه2005، م، ص163.

8 – محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية شعبة الفقه و أصوله، جامعة باتنة كلية العلوم الاجتماعية قسم الشريعة، 2009م ص263.

9 – المرجع السابق، ص271.

10 – العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001م، ج1، ص33

11 – ابن منظور: لسان العرب، ج 1، ص:881.

12 – المرجع السابق ص881.

13 – لابد أن أشير إلى أن كثرة التعريفات الفقهية للخلع التي ذكرتها كان مقصودا، لكونها متقاربة في مدلولها، مختلفة الألفاظ في آحادها، و هذا يمكننا في الأخير، من الوصول إلى تعريف جامع مانع يوفق بين المختلف منها و يجمع بين المتفق منها.

14 – ابن نجيم إبراهيم زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط:الأولى، 1997، ج4ص77■ ابن الهمام:شرح فتح القدير، ، دار الفكر، بيروت، ط(02) (د، ت)ج 4 ص211.

15 – ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج3ص444.

16 – الدردير أبو البركات، الشرح الكبير على مختصر خليل، المكتبة التجارية، بيروت، ج3ص 347.

17– ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط6، 1982، ج02، ص66.

18 – الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، (د، ط)، (د، ت)، ج، 3ص.262

19 –البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الامتناع، عالم الكتب، بيروت، 1981م، ج5ص212.

20 – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن محسن، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، 2000م، ج5، ص 335.

21 – ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق:شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، ط2، 1981، ج: 05، ص:200.

22 – أطفيش محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، المطبعة الأدبية، مصر، ج3ص480.

23– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر الجزائر، ص316.

24 – سورة البقرة : الآية:(229)

25 – القرطبي :الجامع لأحكام القرآن، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006م، ج4ص74.

26– البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب:الخلع و كيف الطلاق فيه، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، (د، ط)، (د، ت)، الحديث رقم:5273، ج7ص83.

27 – عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص317.
28 – باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ص69.
29 – محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 611.
30 – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ص208.
31 – تعمدنا عدم التفصيل في أحكام الخلع الفقهية واكتفينا بما يخدم موضوع البحث الذي يبحث في مسألة الرضائية في الخلع.
32 – ابن حزم، المحلى بالآثار، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1929م، ج10ص335.
33– البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5ص336.
34 – ابن حجر: العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تعليق عبد الرحمن بن ناصر البراك، دار طيبة، الرياض، 2005م، ج12ص93.
35– ابن رشد :بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، 1982م، (68/2).
36 – مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ج5 ص5.
37 – ابن رشد، نفس المرجع، ج2 ص68.
38 – نجلاء جمعة محمد حسانين، إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ص 362.
39 – سمية صالحي، الخلع فقهاً و قانوناً و قضاء–دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و الاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير جامعة الأمير عبد القادر ، 2008 ص 9.
40 –GHAOUTI BEN LELHA.le droit algérien de la famille.O.P.U.alger.p181
41 – العربي بلحاج، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد3، سنة 1990م، ص585
42 – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط3، 1996م، ص284 و ما تلاها.
43 – نفس المرجع ص 284 و ما تلاها.
44 –المحكمة العليا 12 مارس 1969م.أ.ق.وزارة العدل ج 1ص170 مكررة نقلا عن: باديس ذيابي ، صور فك العلاقة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، ص76.
45 – ملف رقم : قرار مؤرخ في 1969/02/19
46 – ملف رقم: 33652 المجلة القضائية العدد 3 ص1989 ص38
47 – ملف رقم: 36709 المجلة القضائية العدد1 سنة 1989م ص92
48 – ملف رقم : 51728 المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990.
49 – ملف رقم : 73885 نشرة القضاة، العدد 5
50 – الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2005م، ص111.

51 – نصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، ع3، السنة الثالثة 2001م، ص207.

52 – ملف رقم : 83603 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

53 – ملف رقم 141262 المجلة القضائية العدد الأول سنة 1998 ص 120

54 – ملف رقم : 216239 المجلة القضائية، ، عدد خاص2001

55 –منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، دار الثقافة، ط1، 2008م، ص127

56– بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص154.

57 – باديس ذيابي ، صور فك العلاقة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، ص79.

58–المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، ط2010، ص267

The impact of jurisprudence on the principle of consensual in Khulaa

Nadhira ATIK*

ABSTRUCT :

The interpretation of applicable law and determine the right solution for a particular case requires special attention by the judicial authorities, particularly as it is vested in achieving unification of jurisprudence, because It may issue differing judgments on issues concerning one matter. This may be due to the ambiguity of the legal text, and this leads to different interpretations. This will have an impact on the legal text because the jurisprudence ensures the continuity and stability of legislative rules and lead to a modification of legal texts and transfer them from judicial interpretation to the field of legislation.

Hence, we address the position of the Algerian jurisprudence on the issue of Khulaa without the consent of the husband, through the influence of jurisprudence on modifying a sensitive issue concerning the text of the Khulaa in family law.

Keywords: jurisprudence, Khulaa, legal qualification, the Supreme Court

---

* Maître-assistante A - Faculté de droit et des sciences politiques - Université de Skikda - Algérie.